

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 marca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Struzik (spr.)
Sędziowie:	SSA Teresa Rak SSA Sławomir Jamróg
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 14 marca 2013 r. w Krakowie na rozprawie  
sprawy z powództwa (...) S.A. w T. w upadłości z możliwością zawarcia układu  
przeciwko (...) sp. z o.o. w K.  
o zapłatę  
na skutek apelacji powoda  
od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie  
z dnia 7 maja 2012 r. sygn. akt IX GC 371/09

1. **zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu brzmienie:**

**„I. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 127 080,44zł (sto dwadzieścia siedem tysięcy osiemdziesiąt złotych czterdzieści cztery grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 3 maja 2008r.;**

**II. w pozostałej części powództwo oddala;**

**III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 6 355zł (sześć tysięcy trzysta pięćdziesiąt pięć złotych) tytułem kosztów procesu”;**

2. **w pozostałej części apelację oddala;**

3. **zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 7 705zł (siedem tysięcy siedemset pięć złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

**Sygn. akt I ACa 122/13**

## UZASADNIENIE

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w T. domagała się zasądzenia od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwoty 171.205,44 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 94.551,53 zł od dnia 10 stycznia do dnia 2 maja 2008 r., od kwoty 127.381,76 zł od dnia 3 maja 2008 r. do dnia zapłaty, od kwoty 26.912,92 zł od dnia 9 lutego 2008 r. do dnia zapłaty, od kwoty 36.257,68 zł od dnia 3 maja 2008 r. do dnia zapłaty, od kwoty 1.940 zł od dnia 3 maja 2008 r. do dnia zapłaty, od kwoty 4.176 zł od dnia 1 maja 2008 r. do dnia zapłaty i od kwoty 5.626 zł od dnia 3 maja 2008 do dnia zapłaty. Na uzasadnienie swego żądania powódka wskazała, że strony łączyła umowa o roboty budowlane z wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 1.765.000 zł netto, to jest 2.153.300 zł brutto, zaś rozliczenie miało następować fakturami częściowymi do wysokości 90% wartości przedmiotu umowy, natomiast pozostałe 10% miało zostać rozliczone fakturą końcową. Stosownie do postępu robót i ich odbioru przez inspektora nadzoru strona powodowa wystawiała stronie pozwanej faktury częściowe bliżej w pozwie wymienione, które początkowo były płacone w całości, zaś z kolejnej faktury, wystawionej w dniu 30 listopada 2007 r. na kwotę 430.665,70 zł brutto pozwana spółka zapłaciła w dniu 21. stycznia 270.453,70 zł, wskazując że pomniejsza kwotę wynikającą z faktury o przysługującą mu kaucję w wysokości 10% należności z tej faktury i faktur uprzednio zapłaconych. Podobnie dokonując płatności kolejnych faktur wystawionych w dniach: 31 grudnia 2007 r. na kwotę 456.024, 42 zł, 31 marca 2008 r. na kwotę 24.400 zł i 31 marca 2008 r. na kwotę 70.760 zł strona pozwana zatrzymywała 10% należności z nich wynikających brutto. Zdaniem strony powodowej strona pozwana była, zgodnie z umową uprawniona do zatrzymania tytułem kaucji tylko 5% netto z każdej faktury, zaś po końcowym odbiorze robót, co nastąpiło w dniu 2 kwietnia 2008 r. powinna zwrócić połowę z tej kaucji. Strona powodowa podniosła, że łącznie kwota kaucji wynosi 88.250 zł, to jest 5% wynagrodzenia ryczałtowego netto, z czego połowa podlegała zwrotowi, zaś strona pozwana zatrzymała kwotę 215.330,45 zł, a zatem bez podstawy zatrzymała kwotę 127.040,45 zł. Suma dochodzona pozwem stanowi tę właśnie kwotę powiększoną o 44.125 zł, to jest połowę kaucji zatrzymanej zgodnie z postanowieniami umowy i nie zwróconej pomimo końcowego odbioru prac.

Strona pozwana wnosila o oddalenie powództwa i zarzucała, że stosownie do postanowień umowy może zatrzymać 10% wynagrodzenia brutto do chwili usunięcia wad wykonanego budynku, gdyż kaucja podlegała zwrotowi w przypadku odbioru bez wad, zaś dokonany odbiór wykazał wady, które dotychczas nie zostały usunięte. Z ostrożności procesowej strona pozwana podniosła zarzut potrącenia kwoty 88.250 zł tytułem kary umownej za nieterminowe oddanie przedmiotu umowy.

Wyrokiem z dnia 7 maja 2012 r. Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił powództwo i zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 10.684,98 zł tytułem kosztów procesu.

Uzasadniając powyższy wyrok sąd I instancji ustalił, że umowa z dnia 8 sierpnia 2007 r. (...) S.A. zobowiązała się do wykonania dla pozwanej (...) Sp. z o.o. hali magazynowej za wynagrodzeniem ryczałtowym 2.153.300 zł brutto w terminie do dnia 29 marca 2008 r. W umowie strony zastrzegły karę umowną w wysokości 0,2% od wartości przedmiotu umowy netto, to jest od kwoty 1.765.000 zł za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze, nie więcej jednak niż 88.250 zł. Strony uzgodniły także obowiązek zaliczkowej zapłaty za przyjmowane przez inwestora części robót z prawem odmowy zapłaty kwoty 44.125 zł w przypadku wystąpienia wad oraz takiej samej kwoty do czasu upływu rękojmi ustalonej na 3 lata. Inwestor przejął obiekt w użytkowanie na podstawie protokołu odbioru końcowego z dnia 2 kwietnia 2008 r. i od tego czasu prowadzi w hali działalność gospodarczą. Już w chwili dokonania odbioru strona pozwana domagała się od strony powodowej usunięcia wad obiektu, a to rys w posadzce przy wypustach kanalizacyjnych i pomimo uzgodnienia między stronami, że wady te zostaną usunięte, nie usunięto ich do chwili obecnej. Koszt usunięcia tych wad wynosi 4.206 zł. W toku dalszej eksploatacji hali magazynowej wystąpiły kolejne pęknięcia posadzki, w formie pajęczyn, będące wynikiem braku należytej pielęgnacji betonu przez wykonawcę polegającej na podlewaniu zewnętrznej jego warstwy przez okres 14-22 dni od jej zatarcia. Pomimo wezwania do usunięcia tych wad zawartego w piśmie strony pozwanej z dnia 26 marca 2009 r. i zakreślenia terminu do dnia 31 maja 2009 r. strona powodowa odmawia ich usunięcia, zaś koszt tego usunięcia został oszacowany przez biegłego na kwotę od 103.020,70 zł do 45.665,60 zł. Strona pozwana, jeszcze przed wytoczeniem powództwa, zgłosiła pismem z dnia 13 lipca 2009 r. zarzut potrącenia kary umownej za zwłokę w usunięciu wad w wysokości 5% od kwoty 1.765.000 zł, to jest 88.250 zł, co spowodowało umorzenie wierzytelności wzajemnej wykonawcy do wysokości tej kwoty. Z kolei

wierzytelność strony powodowej w wysokości kolejnych 88.250 zł nie jest jeszcze wymagalna wobec nieusunięcia wad. Stąd, pomimo bezsporności faktu niezapłacenia przez stronę pozwaną stronie powodowej dochodzonej kwoty 171.205,44 zł powództwo zostało oddalone.

Wyrok powyższy zaskarżyła w całości strona powodowa. Zaskarżonemu wyrokowi apelująca zarzuca naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., art. 328 § 2 k.p.c., art. 229 k.p.c., art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c., art. 321 w zw. z art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c., art. 231 k.p.c., art. 278 w zw. z art. 227 oraz w zw. z art. 316 k.p.c., art. 278 w zw. z art. 233 k.p.c., art. 91 k.p.c., art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c., art. 498 k.p.c., art. 65 k.c., art. 647 k.c. i art. 647 w zw. z art. 654 k.c. oraz art. 654 k.c. W konkluzji strona powodowa domagała się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania ewentualnie jego zmiany i uwzględnienia żądania pozwu oraz zasądzenia kosztów procesu.

Strona pozwana wносиła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W czasie trwania postępowania apelacyjnego postanowieniem Sądu Rejonowego w Tarnowie z dnia 27 lipca 2012 r. została ogłoszona upadłość powoda z możliwością zawarcia układu (k. 562). Następnie postanowieniem tamtejszego Sadu z dnia 10 sierpnia 2012 r. zmieniono sposób prowadzenia postępowania upadłościowego na postępowanie obejmujące likwidację majątku upadłego, co spowodowało zawieszenia postępowania apelacyjnego postanowieniem z dnia 22 sierpnia 2012 r. Wobec oświadczenia Syndyka masy upadłości strony powodowej o wstąpieniu do sprawy postanowieniem z dnia 30 stycznia 2013 r. podjęto zawieszone postępowanie apelacyjne z udziałem po stronie powodowej Syndyka. Postanowieniem Sądu Rejonowego w Tarnowie z dnia 6 marca 2013 r. zmieniono sposób prowadzenia postępowania upadłościowego (...) S.A. na postępowanie z możliwością zawarcia układu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Bardzo związane ustalenia faktyczne przedstawione w uzasadnieniu wyroku sądu I instancji czynią koniecznym poczynienie przez Sąd Apelacyjny własnych ustaleń w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia sprawy, co jest dopuszczalne z uwagi na treść art. 382 k.p.c. Sąd Apelacyjny, jako podstawę swego wyroku przyjął następujące ustalenia faktyczne:

(...) Sp. z o.o. jako inwestor (określana w umowie jako „zamawiający”), zawarła w dniu 8 sierpnia 2007 r. z (...) S.A. jako wykonawcą, umowę, stosownie do której wykonawca zobowiązał się do wykonania robót budowlanych, a to budowy hali magazynowej w B. przy ul. (...) i zakończenia tych prac do dnia 20 października 2007 r., zaś inwestor zobowiązał się do zapłaty na rzecz wykonawcy wynagrodzenia określonego ryczałtowo na kwotę 891.000 zł plus należny podatek VAT. W § 6 tejże umowy strony postanowiły, że rozliczenie wykonawcy dokonywane będzie fakturami częściowymi za okresy miesięczne za wykonane elementy robót według ich zaawansowania po ich protokolarnym odbiorze przez inspektora nadzoru zamawiającego do wysokości 90% wartości przedmiotu umowy, zaś ostateczne rozliczenie wykonawcy za wykonany przedmiot umowy nastąpi na podstawie faktury końcowej wystawionej w oparciu o protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy bez wad przez inspektora nadzoru oraz kierownika robót zamawiającego. Faktury częściowe i końcowa za wykonane i odebrane roboty są płatne w terminie 30 dni od daty ich otrzymania przez zamawiającego. Zgodnie z § 7 umowy odbiór przedmiotu umowy miał nastąpić protokolarnie, przy czym stwierdzenie w toku odbioru końcowego wad uniemożliwiających prawidłowe użytkowanie przedmiotu umowy uprawniało zamawiającego do odstąpienia od odbioru do czasu usunięcia wad i wyznaczenia terminu ich usunięcia, zaś dokumentem świadczącym o dokonanym odbiorze bez wad miał być sporządzony i obustronnie podpisany protokół odbioru końcowego robót bez wad. Stosownie do § 8 umowy wykonawca udzielał zamawiającemu 36-miesięcznej gwarancji jakości oraz rękojmi na wykonanie przedmiotu umowy, której bieg rozpoczął się od daty odbioru końcowego, a w wypadku wystąpienia wad i usterek wykonawca zobowiązywał się do ich nieodpłatnego usunięcia w terminie 14 dni od daty ich zgłoszenia przez zamawiającego. Nieusunięcie wad i usterek w terminie upoważniało zamawiającego do ich usunięcia we własnym zakresie na koszt wykonawcy, także z zabezpieczenia w postaci kaucji na okres gwarancji i rękojmi, o której mowa w § 9. Stosownie do § 9 ust. 1 umowy strony ustalały zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę w wysokości 5% wartości netto przedmiotu umowy, utworzone

poprzez potrącenie z faktury wykonawcy, przy czym zabezpieczenie to miało służyć do pokrycia ewentualnych roszczeń zamawiającego z tytułu gwarancji lub rękojmi za wady wykonanych robót oraz kar umownych. Zgodnie z § 9 ust. 2 na pisemny wniosek wykonawcy zamawiający był zobowiązany zwrócić 50% tej kaucji w terminie 14 dni po dacie zakończenia wydania przedmiotu umowy pod warunkiem, że nie zaistnieją okoliczności, o których mowa w ust. 1 tego paragrafu, zaś pozostałe 50% po upływie okresu rękojmi i gwarancji pod warunkiem, że nie zaistnieją okoliczności, o których mowa w ust. 1 (dowód: umowa k. 21-24).

Kolejnymi aneksami do tej umowy, datowanymi 3 października 2007 r., 17 stycznia 2008 r. oraz 23 stycznia 2008 r. modyfikowano jej treść co do zakresu robót, terminu rozpoczęcia i zakończenia prac oraz wysokości wynagrodzenia, ostatecznie ustalając termin zakończenia robót na 29 marca 2008 r. a wysokość wynagrodzenia netto na 1.765.000 zł (dowód: aneksy do umowy k. 25, 30, 31).

Kwota wynagrodzenia brutto wynosiła 2.153.300 zł (okoliczność bezsporna).

W trakcie wykonywania prac strona powodowa wystawiała stronie pozwanej kolejne faktury częściowe, a to: fakturę z dnia 28 września 2007 r. na kwotę 56.120 zł brutto (46.000 zł netto), fakturę z dnia 28 września 2007 r. na kwotę 483.530,58 zł brutto (396.336,54 zł netto), fakturę z dnia 31 października 2007 r. na kwotę 631.799,30 zł brutto (517.868,28 zł netto). Faktury te zostały przez stronę pozwaną przyjęte, zaakceptowane i w całości zapłacone. Następnie w dniu 30 listopada 2007 r. strona powodowa wystawiła stronie pozwanej fakturę częściową na kwotę 430.665,70 zł brutto (353.004,67 zł netto), która została przez stronę pozwaną przyjęta, zaakceptowana i w części zapłacona w dniu 21 stycznia 2008 r., a to kwotą 270.453,70 zł. Strona pozwana przy zapłacie wskazała, że płatność pomniejszyła o 10% należności z tej faktury i wcześniej zapłaconych faktur częściowych. W dniu 31 grudnia 2007 r. strona powodowa wystawiła stronie pozwanej fakturę częściową na kwotę 456.024,42 zł brutto (373.790,51 zł netto), która to faktura została przez stronę pozwaną przyjęta, zaakceptowana i w części zapłacona w dniu 7 marca 2008 r. kwotą 410.421,98 zł. W dniu 31 marca 2008 r. strona powodowa wystawiła stronie pozwanej dwie faktury częściowe, a to na kwoty 24.400 zł brutto (20.000 zł netto) i 70.760 zł brutto (58.000 zł netto), które zostały przez stronę pozwaną przyjęte, zaakceptowane i częściowo zapłacone, a to: pierwsza z nich w dniu 23 maja 2008 r. kwotą 21.960 zł, a druga w dniu 20 maja 2008 r. kwotą 63.684 zł (okoliczności bezsporne).

W dniu 2 kwietnia 2008 r. dokonano odbioru końcowego obiektu, przy czym sporządzono wykaz robót wymagających uzupełnienia. Wśród tych robót, poza innymi usterkami wymagającymi usunięcia, wymieniono między innymi rysy w posadzce przy wypustach kanalizacyjnych stwierdzając, że zostaną one naprawione przez nacięcie i zapełnienie żywicą w terminie równoległym z wykonaniem cokołów żywicznych, to jest 3 tygodni od udostępnienia frontu robót przez inwestora. Stwierdzono także miejscowe pojawianie się rys w postaci mikropęknięć, ujawniające się głównie po myciu posadzki i wskazano, że proponuje się obserwować posadzkę w okresie rękojmi i gwarancji, a jeżeli w tym czasie wystąpią uszkodzenia wymagające napraw, zostaną one wykonane w okresie rękojmi i gwarancji (dowód: protokół odbioru końcowego k.65-66). W dniu 17 sierpnia 2008 r. sporządzono protokół odbioru robót uzupełniających, w którym wskazano, że stwierdzono pojawianie się rys w posadzce i przy wypustach kanalizacyjnych oraz że zamawiający powołał stosownego rzeczoznawcę w celu dokonania ekspertyzy budowlanej posadzki przemysłowej (dowód: protokół odbioru robót uzupełniających k. 67-68). Ekspertyza taka została wykonana na zlecenie strony pozwanej rzeczoznawcą budowlanego J. G. (dowód: ekspertyza k. 144- 156) Do chwili obecnej rysy te nie zostały usunięte i występują na posadzce (dowód: opinia biegłego J. R. K. 250-259 i 277-281 oraz biegłego A. B. (1) k. 386-392 i 417-421).

Wykonując posadzką strona pozwana nie zastosowała zabiegów pielęgnacyjnych polegających na polewaniu posadzki wodą, natomiast naniesiono na nią grunt żywiczny i przykryto ją folią (zeznania świadków R. G. k. 383 i Z. G. k. 384).

W piśmie z dnia 13 lipca 2009 r. skierowanym do (...) S.A. (...) Sp. z o.o. oświadczyła, że pomimo wielokrotnych wezwań do usunięcia wad posadzki wady te nie zostały usunięte, w związku z czym żąda obniżenia wynagrodzenia za wadliwie wykonaną posadzkę o kwotę 308.398 zł netto, to jest 376.245,56 zł brutto, obciąża stronę pozwaną karami umownymi w łącznej wysokości 176.500 zł i wzywa (...) S.A. do zapłaty kwoty 552.745,56 zł w terminie 10 dni pod rygorem skierowania sprawy na drogę sądową (dowód: pismo k.125).

Oceniając wyżej powołane dowody wskazać należy, że ustalenia dotyczące treści umowy zawartej przez strony, aneksów do niej oraz dokonania odbioru i stwierdzenia w załączniku do protokołu odbioru wad wymagających usunięcia, jak też treści wezwania skierowanego do strony powodowej w piśmie strony pozwanej z dnia 13 lipca 2009 r. oparte są na treści dokumentów prywatnych, których żadna ze stron nie zakwestionowała. Dokumenty te zostały przedstawione w postaci odpisów poświadczonych za zgodność z oryginałem przez pełnomocników stron – radców prawnych, stosownie do art. 129 § 2 k.p.c.. W konsekwencji, stosownie do art. 245 k.p.c., dokumenty te stanowią dowód złożenia oświadczeń w nich zawartych. W świetle tych dokumentów nie budzi żadnych wątpliwości literalne brzmienie umowy, jakkolwiek strony przypisywały różne znaczenie jej postanowieniom, do czego sąd odniesie się w dalszych wywodach. Podobnie treść pisma z dnia 13 lipca 2009 r. nie była kwestionowana, jakkolwiek złożonemu tam oświadczeniu strony przypisywały różne znaczenie.

Bezspornym między stronami było także występowanie pęknięć w posadzce już w chwili odbioru hali magazynowej. Treść załącznika do protokołu odbioru wskazuje na dwa rodzaje tych pęknięć. Pierwsze z nich to rysy przy wypustach kanalizacyjnych. W odniesieniu do tych pęknięć protokół zawiera jednoznaczne uzgodnienie, że zostaną one naprawione, co nie pozostawia żadnych wątpliwości, że strony traktowały je jako wady. Drugie z nich to rysy w postaci mikropęknięć, ujawniające się po myciu posadzki. Zostały one wprawdzie wymienione w załączniku zatytułowanym „Wykaz robót wymagających uzupełnienia”, jednakże w odniesieniu do nich wskazano, że proponuje się posadzkę obserwować w okresie rękojmi i gwarancji, a jeżeli w tym czasie wystąpią uszkodzenia wymagające napraw, zostaną one wykonane w okresie gwarancji i rękojmi. Taki zapis zdaje się wskazywać, że w przekonaniu stron pęknięcia te nie miały jeszcze charakteru wymagającego ich naprawy, względnie charakter ten był wątpliwy. Stosownie do opinii obu biegłych powołanych w sprawie, a to J. R. i A. B. (2) rysy przy wypustach kanalizacyjnych stanowią wady. Biegły J. R. określa je jako nieistotne, to jest nie stanowiące przeszkody do użytkowania hali zgodnie z jej przeznaczeniem, twierdząc, że usunięcie tych wad stanowi „kosmetykę”, jednak te pęknięcia trzeba naprawić, gdyż ruch wózków widłowych powoduje kruszenie się betonu. Zauważyć przy tym trzeba, że strona powodowa nie kwestionowała opinii biegłego J. R., a w toku procesu twierdziła, że pęknięcia te chciała usunąć, jednak strona pozwana uniemożliwiła ich usunięcie (k.278). Już to oświadczenie jednoznacznie wskazuje na stanowisko strony pozwanej, iż pęknięcia te stanowią wady budowli, zaś twierdzenia o uniemożliwieniu usunięcia wad nie zostały poparte żadnymi dowodami (stosownie do załącznika do protokołu odbioru pęknięcia te miały zostać usunięte jednocześnie z wykonaniem cokołów żywicznych, zaś fakt wykonania tych cokołów po odbiorze nie jest sporny). W konsekwencji, wobec zgodnych opinii obu biegłych w tym zakresie, a także jednoznacznego wpisania w protokole odbioru rys przy wypustach kanalizacyjnych jako podlegających usunięciu przez wykonawcę, nie budzi żadnych wątpliwości, że rysy te stanowią wady, za które odpowiedzialność ponosi strona powodowa.

Także pęknięcia w postaci sieci pajęczej stwierdzili obaj biegli. Biegły J. R. nie wypowiedział się wprost odnośnie charakteru tych rys, w szczególności czy mogą one zostać uznane za wadę budowli, jakkolwiek w swej opinii cytuje, bez komentarza, uwagi projektanta, iż wykonanie betonowej nawierzchni przemysłowej zawsze wiąże się z możliwością pojawienia rys, a mikro rysy w postaci sieci pajęczej są technicznie nie do uniknięcia i nie są one wadą (k. 311-312). Stwierdzenie to biegły zdaje się akceptować, skoro wcześniej, w ustnej opinii, stwierdza, że w posadzce betonowej rysy zawsze powstają (k. 280). Zauważyć jednak należy, iż wybudowana hala służy do magazynowania artykułów spożywczych, a zatem nie sposób zakwestionować twierdzeń strony pozwanej, iż rysy te utrudniają utrzymanie w hali niezbędnej czystości. Strona pozwana nie twierdziła, ażeby takie przeznaczenie hali było jej nieznaną. W konsekwencji, gdyby zaakceptować opinię biegłego J. R. w tym zakresie i jego wskazania co do konieczności pokrycia posadzki specjalną żywicą dla uniknięcia takich rys, wykonawca zobowiązany byłby do zawiadomienia inwestora o wadliwej dokumentacji, która nie przewiduje pokrycia posadzki żywicą i przez to uniemożliwia zapobieżenie powstawaniu rys na posadzce (art. 651 k.c.). Stąd nawet zaakceptowanie opinii biegłego J. R., niekwestionowanej przez stronę powodową, prowadzi do uznania występującej „sieci pajęczej” jako wady obiektu. Biegły A. B. (1) jednoznacznie określa te rysy jako wady obiektu.

Obaj biegli jednoznacznie stwierdzili, że właściwa pielęgnacja posadzki betonowej polega na jej polewaniu wodą przez stosowny okres, przy czym biegły A. B. (1) upatrywał między innymi w zaniechaniu takiego polewania przyczyn

powstania pęknięć. Biegły J. R. stwierdził natomiast, że w chwili robienia przez niego badań posadzka miała właściwą wilgotność, jednak nie był w stanie określić jej wilgotności w chwili jej wykonania, to jest 2 lata wcześniej. Zeznania przesłuchanych świadków – pracowników strony powodowej, a to R. G. i Z. G. jednoznacznie wskazują, że posadzka nie była polewana. W szczególności obaj wskazują na fakt dokonania natrysku posadzki gruntem żywicznym i przykrycia jej folią. Świadek R. G. po wymienieniu tych czynności jednoznacznie stwierdza, że jeżeli chodzi o czynności pielęgnacyjne to nie ma nic do dodania. W konsekwencji zasadnym jest przyjęcie, że co najmniej współprzyczyną powstania pęknięć w postaci sieci pajęczej było niepolewanie posadzki wodą w okresie, gdy wykonawca powinien dokonywać stosownych zabiegów pielęgnacyjnych.

Strona powodowa w apelacji usiłuje zdyskredytować opinię biegłego A. B. (1). Jednakże argumentacja tam przedstawiona może co najwyżej wywołać wątpliwości co do zasadności oszacowania przez biegłego kosztów usunięcia wad posadzki, gdyż istotnie w tym zakresie kolejne opinie zawierają istotne rozbieżności, jakkolwiek wyjaśniane przez biegłego. Z przyczyn wskazanych w niżej zamieszczonych rozważaniach kwestia kosztów usunięcia wad nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Strona powodowa w apelacji zarzuca też pominięcie dowodów wnioskowanych w piśmie z dnia 22 września 2009 r. chodzi tutaj o dokumenty mające dowodzić, że obiekt został ukończony i odebrany. Ta okoliczność nie budzi wątpliwości w świetle protokołu odbioru z dnia 2 kwietnia 2008 r., a zatem prowadzenie wnioskowanych dowodów było zbędne. Fakt ukończenia obiektu był natomiast kwestionowany przez stronę pozwaną. Jednak dokonanie przez stronę pozwaną odbioru obiektu jednoznacznie wskazuje na jego ukończenie. Fakt występowania wad wymienionych w załączniku do protokołu odbioru nie może prowadzić do zakwestionowania tego stanowiska.

Zgodnie z § 7 ust. 7 umowy dokumentem świadczącym o dokonanym odbiorze końcowym obiektu jest sporządzony i obustronnie podpisany protokół końcowego odbioru robót bez wad. Nie sposób jednak tego postanowienia umowy rozpatrywać w oderwaniu od jej pozostałych postanowień. W szczególności stosownie do § 7 ust. 4 umowy odstąpienie od odbioru przez zamawiającego było dopuszczalne w wypadku stwierdzenia wad uniemożliwiających prawidłowe użytkowanie przedmiotu umowy. Stwierdzone wady niewątpliwie nie były takimi, o jakich mowa w § 7 ust. 4, skoro do odbioru doszło a hala jest przez stronę pozwaną użytkowana. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotna jest wykładania umowy w kontekście obowiązków wynikających z jej § 6 ust. 2 oraz § 9 ust. 2, przy uwzględnieniu brzmienia § 7 ust. 4. Literalne brzmienie postanowień § 6 ust. 2 i § 9 ust. 1 i 2 prowadzi do sprzecznych wniosków, czego wyrazem jest odmienna jej interpretacja przez strony procesu. Z jednej strony § 6 ust. 2 umowy przewiduje obowiązek inwestora do uiszczenia wynagrodzenia z faktur częściowych tylko do wysokości 90% wartości przedmiotu umowy, zaś ostateczne rozliczenie ma nastąpić na podstawie faktury końcowej wystawionej w oparciu o protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy bez wad. Literalne brzmienie tego postanowienia umowy wskazywałoby zatem, że stwierdzenie jakichkolwiek wad budowli przy końcowym odbiorze, także tych, które nie upoważniają inwestora do odstąpienia od odbioru zgodnie z § 7 ust. 4, nie rodzi do czasu usunięcia tych wad przez wykonawcę obowiązku zapłaty pozostałych 10% wynagrodzenia. Na takim rozumieniu umowy opiera swą obronę strona pozwana. Z drugiej jednak strony § 9 ust. 1 umowy przewiduje uprawnienie zamawiającego do potrąceń z faktury 5% wartości przedmiotu umowy netto, które ma służyć do pokrycia jego ewentualnych roszczeń z tytułu gwarancji lub rękojmi za wady wykonanych robót oraz kar umownych. Ust. 2 tego paragrafu stanowi, że na pisemny wniosek wykonawcy zamawiający jest zobowiązany zwrócić 50% kwoty kaucji w terminie 14 dni po dacie zakończenia wykonania przedmiotu umowy pod warunkiem, że nie zaistnieją okoliczności, o których mowa w ust. 1 tego paragrafu, a pozostałe 50% kwoty gwarancji po upływie okresu rękojmi i gwarancji pod warunkiem, że nie zaistnieją okoliczności, o których mowa w ust. 1 tego paragrafu. Postanowienie zawarte w § 9 umowy, w jego literalnym brzmieniu, upoważnia zatem inwestora do zatrzymania kaucji 5% wynagrodzenia wykonawcy netto, z których połowa winna zostać zwrócona w terminie 14 dni od zakończenia wykonania przedmiotu umowy, jeżeli nie stwierdzono wad lub zostały one w tym czasie usunięte, zaś pozostała część po upływie rękojmi i gwarancji, jeżeli nie stwierdzono wad lub zostały one w tym czasie usunięte. W konsekwencji stwierdzenie przy odbiorze wad nie dających podstawy do odmowy odbioru w świetle literalnego brzmienia § 6 ust. 2 umowy upoważniałoby inwestora do zatrzymania 10% wartości przedmiotu umowy, zaś w świetle § 9 ust. 1 i 2 umowy do zatrzymania 5% wartości przedmiotu umowy netto. Sprzeczność tych postanowień jest oczywista.

Żadna ze stron nie zaferowała dowodów dla wykazania rzeczywistej intencji stron przy takim sformułowaniu umowy. W konsekwencji, mając na uwadze art. 65 § 2 k.c., przyjąć trzeba, że intencją stron było zawarcie umowy niesprzecznej wewnątrznie. Kierując się taką dyrektywą Sąd Apelacyjny dokonał wykładni tych postanowień umowy starając się nadać im sens umożliwiający utrzymanie tych postanowień umowy. Przyjęcie literalnego brzmienia § 6 ust. 2 pozbawiałoby jakiegokolwiek znaczenia zobowiązanie do zwrotu w terminie 14 dni po dacie zakończenia wykonania przedmiotu umowy 50% kwoty kaucji. Trzeba mieć na uwadze, że inwestor był uprawniony do zatrzymania 10% wartości przedmiotu umowy i powinien zwrócić tę kwotę w terminie 30 dni od wystawienia faktury końcowej, której podstawą był protokół odbioru „bez wad”. Zatem już w tym obowiązku mieściłby się obowiązek zwrotu 50% kaucji, zaś zatrzymaniu podlegałyby tylko pozostałe 50% kaucji, które miałyby służyć zabezpieczeniu roszczeń z gwarancji lub rękojmi. Usunięcie tej sprzeczności jest możliwe tylko poprzez przyjęcie, że w § 6 ust. 2 chodzi o odbiór bez wad określonych w § 7 ust. 4, a zatem takich, które uprawniały inwestora do odstąpienia od odbioru. Wtedy dokonanie odbioru rodzi obowiązek inwestora do zwrotu kwoty zatrzymanych wcześniej 10% wartości przedmiotu umowy, przy czym, jeżeli przy odbiorze stwierdzono wady, ma on uprawnienie do zatrzymania kaucji 10% wartości przedmiotu umowy netto, z której połowa zostaje zwrócona na wniosek wykonawcy w terminie 14-dni od usunięcia wad, zaś druga połowa po upływie okresu rękojmi i gwarancji, o ile wynikające stąd obowiązki wykonawcy zostaną wypełnione. W taki sposób Sąd Apelacyjny zinterpretował umowę i na takim jej rozumieniu oparł swoje orzeczenie. Dodać należy, że uprawnienie inwestora wynikające z § 6 ust. 2 umowy dotyczy wartości przedmiotu umowy brutto, skoro nie ma tam mowy o wartości netto, zaś w przeciwieństwie do § 6 ust. 2 § 9 posługuje się wartością netto.

W konsekwencji powyższych wywodów stwierdzić należy, że częściowo zasadnym okazał się podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 65 k.c., jakkolwiek nie w pełni można podzielić interpretację umowy przedstawioną przez stronę powodową.

Wyżej przedstawiona wykładnia umowy i wywiedzione z niej obowiązki stron czynią zasadnym roszczenie o zapłatę różnicy pomiędzy kwotą zatrzymaną na podstawie § 6 ust. 2 umowy, to jest 215.330,44 zł a wynikającą z § 9 ust. 1 umowy kwotą kaucji wynoszącej 88.250 zł, co daje kwotę 127.080,44 zł. Stosownie do § 6 ust. 6 umowy kwota ta powinna zostać zapłacona w terminie 30 dni od daty otrzymania przez inwestora faktury końcowej. Ponieważ faktury częściowe, wystawione przed datą odbioru, pokryły całe wynagrodzenie wykonawcy przewidziane umową, a zatem faktura końcowa nie została wystawiona, termin ten należało liczyć od daty dokonania odbioru końcowego, to jest 2 kwietnia 2008 r. Upłynął on zatem w dniu 2 maja 2008 r., w konsekwencji odsetki za opóźnienie należą się od dnia 3 maja 2008 r. Żądanie zasądzenia dalszej kwoty 44.125 zł, stanowiącej połowę kaucji pobranej na podstawie § 9 ust. 1 umowy, jest przedwczesne, albowiem obiekt w chwili odbioru miał wady, które dotychczas nie zostały usunięte.

Zasadnie apelacja kwestionuje uwzględnienie przez sąd I instancji zarzutu potrącenia. Zgodnie z przepisem art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c. w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych do potrącenia mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami. Wierzytelności zgłoszone przez pozwanego za takie uznane być nie mogą, gdyż nie spełnia tego wymogu opinia rzeczoznawcy sporządzona na prywatne zlecenie strony. Sąd I instancji przyjął, że strona pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu jeszcze przed wszczęciem postępowania w niniejszej sprawie, a to w piśmie z dnia 13 lipca 2009 r. Treść tego pisma nie pozostawia jednak żadnych wątpliwości, że oświadczenia takiego ono nie zawiera. Stosownie do art. 498 § 2 k.c. przez potrącenie obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. W konsekwencji, gdyby oświadczeniu strony pozwanej zawartym w ww. piśmie przypisać znaczenie, o którym mowa w art. 499 k.c., nie zawierałoby ono wezwania do zapłaty całej kwoty, gdyż musiałaby ona zostać pomniejszona o część umorzoną na skutek potrącenia. Biorąc przy tym pod uwagę, że literalne brzmienie tego pisma nie zawiera żadnych sformułowań, z których wynikałaby wola potrącenia wierzytelności, oczywiście bezzasadnym było przypisanie przez sąd I instancji zawartemu tam oświadczeniu takiego właśnie znaczenia. W konsekwencji, skoro do potrącenia nie doszło, bezcelowym było ustalanie kosztów usunięcia wad oraz istnienia roszczenia o zapłatę kar umownych, gdyż ewentualne istnienie tych roszczeń nie mogło spowodować zmniejszenia zakresu zobowiązania inwestora względem wykonawcy.

Z tych przyczyn, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., w częściowym uwzględnieniu apelacji wyrok zmieniono, zaś na podstawie art. 385 k.p.c. w pozostałym zakresie apelację oddalono.

Stosownie do uwzględnionej części żądania, na podstawie art. 100 k.p.c., stosunkowo rozdzielono koszty procesu między stronami. Rozliczając koszty postępowania przed sądem pierwszej instancji uwzględniono okoliczność, że powód ostatecznie wygrał sprawę w  $\frac{3}{4}$  częściach, a zatem winna w takiej części powinien ponieść koszty procesu pozwany. Poniósł on koszty opinii biegłych w wysokości 7.067,98 zł oraz własne koszty zastępstwa procesowego, to jest kwotę 3.617 zł, co przy uwzględnieniu takich samych kosztów zastępstwa procesowego po stronie powoda czyniło zbędnym zasądzenie kosztów z tego tytułu. Stąd zasądzono od pozwanego na rzecz powoda kwotę 6.355 zł odpowiadającą opłacie od uwzględnionej części pozwu. W odniesieniu do kosztów postępowania apelacyjnego zasądzono od pozwanego na rzecz powoda 6.355 zł opłaty od uwzględnionej części apelacji oraz 1.350 zł kosztów zastępstwa procesowego, mając na uwadze poniesienie przez każdą stronę tych kosztów w wysokości 2.700 zł.